

АДМИНИСТРАТИВНОЕ УСМОТРЕНИЕ: ОШИБКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

© 2018 г. К. В. Давыдов

*Сибирский университет потребительской кооперации, Новосибирск;
Сибирский государственный университет путей сообщения, Новосибирск*

E-mail: davkon@yandex.ru

Поступила в редакцию 05.06.2017 г.

В статье исследуются фундаментальные ошибки законодателей различных зарубежных стран: тезис об универсализме западного подхода к правовому регулированию публичного управления (в том числе административного усмотрения), “процедурная эйфория” и нарушение принципа эволюционности развития законодательства. Делается вывод об известном повторении российским законодателем ряда указанных заблуждений. Национальная специфика дополняется развитием антикоррупционного законодательства, “принуждающего” суды повышать плотность контроля административного усмотрения. Доказывается методологическая ошибочность борьбы с дискрецией в отсутствие надлежащей правовой базы административных процедур и административных актов. Обосновывается необходимость разработки и принятия в Российской Федерации закона об административных процедурах.

Ключевые слова: административное усмотрение, законность, административные процедуры, административный акт, закон об административных процедурах.

DOI: 10.31857/S013207690000212-5

Логика развития любой национальной правовой системы, особенно романо-германской правовой семьи, на протяжении последних столетий сопряжена с “наращиванием” количества формально-определенных правовых норм, призванных максимально полно и точно урегулировать те или иные общественные отношения. Вместе с тем, проблема повышения эффективности правового регулирования подобным образом неизбежно упирается в ряд препятствий, в том числе в феномен административного усмотрения. Свобода действий, столь естественная для субъектов частного права, в случае с публичной администрацией сопряжена с известными рисками принятия незаконных решений. Неудивительно, что регламентация административной дискреции и судебного контроля за ней, по справедливому замечанию ряда исследователей, является одной из важнейших и сложнейших проблем современного европейского административного права¹.

Угроза перерастания усмотрения в административный произвол, установление юридических гарантий, препятствующих такой деформации, уже давно беспокоят административистов не только Европы, но и всего мира².

Анализ данной проблематики необходимо предварить некоторыми замечаниями. Дело в том, что дискреция — явление весьма разнообразное, имеющее место в любой управленческой системе. Отношение к нему зависит от множества факторов. Во-первых, различные национальные правопорядки могут по-разному оценивать дискрецию. Во-вторых, такая оценка не является «застывшей» и может сильно меняться с течением времени. Наконец, в-третьих, даже если мы возьмем единовременный срез в рамках одной национальной правовой системы, дискреция осмысливается законо-

¹ См.: Kunnecke M. Tradition and Change in Administrative Law. An Anglo-German Comparison. 2007. P. 73; Redecker K., Oertzen H.J. von. Verwaltungsgerichtsordnung, 1997.

² См., напр.: Alder J. General Principles of Constitutional and Administrative Law. 2002. P. 98 et seq.; Ginsburg T., Chen A. H.Y. (eds.), Administrative Law and Governance in Asia // Comparative perspectives. 2009. P. 373.

дателем, правоприменителем и доктриной. При этом далеко не всегда названные позиции совпадают. Например, как будет показано ниже, в России отношение законодателя и правоприменителя к дискреции на протяжении многих десятилетий было более чем благодушным. Однако буквально несколько лет назад, с принятием пакета антикоррупционных нормативных актов, законодательная оценка дискреции изменилась на крайне негативную. Российские суды при этом традиционно стараются признавать за административными органами широкое поле самостоятельности. Впрочем, под давлением законодателя суды довольно неохотно вынуждены переходить в наступление на административное усмотрение, в первую очередь на такую его форму, как неопределенные правовые понятия. Наконец, российская доктрина дискреции находится в зачаточном состоянии и в основном сводится к несколько растерянной констатации ее существования, а также к лаконичным замечаниям о необходимости ее ограничения законом³.

Для начала обратимся к зарубежному опыту и рассмотрим такие фундаментальные заблуждения, как тезис об универсализме западного подхода к правовому регулированию публичного управления, «процедурную эйфорию» и нарушение принципа эволюционности развития законодательства.

Рассмотрим также первое заблуждение — об убежденности в универсальной эффективности западной модели правового регулирования, в том числе по вопросам администра-

тивных актов, административных процедур и дискреции.

Как отмечает Т. Хонда, “в ответ на рост количества административных органов и расширения их полномочий по усмотрению после Второй мировой войны США и европейские страны приняли законы об административных процедурах и усилили защиту прав частных лиц в процессе государственного управления”⁴. Однако даже самые разработанные нормы об административных процедурах не могут истребить некую “серую зону”, ярким примером которой является феномен “административного руководства”. Неформальное воздействие (“административное руководство”) государственного аппарата, в том числе на бизнес, — явление весьма распространенное. Последнее имеет место в любой правовой системе, где есть публичная администрация, т.е. везде. Однако только в Японии очарованность не связанной законом дискрецией достигла такого уровня, что там попытались придать такому неформальному воздействию псевдоюридический статус.

Традиционно административное руководство определяется как “форма давления на лиц с целью изменения их поведения, характеризующаяся пониженной формализацией результата”⁵. Административное руководство можно рассматривать как особую форму дискреции, корни которой уходят в глубину веков японской истории⁶. При этом сами японские исследователи склонны оценивать его в целом положительно. Например, как отмечает проф. Хитоши Юшижима, именно административное руководство является важным средством регулирования промышленной политики. Муниципалитеты своими неформальными рекомендациями восполняют пробелы общенационального законодательства, в том

³ См., напр.: Жеребцов А.Н., Чабан Е.А. Административное усмотрение, административный произвол и административное (чиновничье) обыкновение: теоретические и практические вопросы соотношения // Административное право и процесс. 2014. № 4. С. 53–58; Корнев А.П. Нормы административного права и их применение. М., 1978. С. 73, 74; Купреев С.С. Об административном усмотрении в административном праве // Административное право и процесс. 2012. № 1. С. 8–11; Мильшин Ю.Н. Административное усмотрение в реализации разрешительного метода правового регулирования // Там же. 2014. № 3. С. 56–58; Самощенко И.С. Иерархия и основные подразделения нормативных актов социального государства // Уч. зап. ВНИИСЗ. Вып. 15. М., 1968. С. 4; Черемисина А.О. Принцип целесообразности в деятельности органов исполнительной власти // Административное право и процесс. 2013. № 3. С. 66, 67; Швецов С.Г. Усмотрение, произвол, убеждение: лингвистический, доктринальный и законодательный подходы // Евразийский юрид. журнал. 2011. № 11 (42). С. 48–52; и др.

⁴ См.: Хонда Т. Вопросы и задачи реформирования административной процедуры // Административная реформа в республике Узбекистан: опыт и проблемы правового регулирования: материалы Междунар. симпозиума 29, 30 сентября 2007 г. Ташкент, 2008. С. 145.

⁵ Ginsburg T. Dismantling the “Developmental State”? Administrative Procedure Reform in Japan and Korea // The American Journal of Comparative Law 2002. Vol. 49(4). P. 12.

⁶ См., напр.: Duck Ken. Now That the Fog Has Lifted: The Impact of Japan’s Administrative Procedure Law on the Regulation of Industry and Market Governance // Fordham International Law Journal. 1995. Vol. 19, Issue 4. P. 1686–1768.

числе в сфере городского планирования⁷. Однако американские специалисты приводят совсем другие примеры административного руководства: “совет” фирме трудоустроить выходящего на пенсию чиновника министерства, “рекомендация” негосударственному банку скупать акции убыточной государственной компании и т.д. Естественно, юридически публичная администрация не может требовать совершения подобных действий от компаний. Следовательно, формально последние могут их игнорировать. Однако в последующем отказ в удовлетворении подобных “просьб” может повлечь неблагоприятные последствия вроде отказа в выдаче лицензии, непредоставления налоговых льгот, проведения дополнительных проверок и т.д.⁸

Думается, японская правовая система, несмотря на возраставшее недовольство национального бизнеса и периодически вспыхивавшие коррупционные скандалы, еще долго сопротивлялась бы каким-либо переменам. Однако нажим (и довольно жёсткий) со стороны американского страхового бизнеса принудил японского законодателя принять в 1993 г., после 40 лет бесконечных дискуссий, Закон об административных процедурах (далее — ЗАП 1993 г.). Любопытно, что таковой сформирован под отчетливым влиянием не американской, а германской модели. При этом целая самостоятельная глава посвящена именно административному руководству⁹. Согласно ст. 33 ЗАП Японии 1993 г., должностные лица, применяющие административное руководство, должны следить за тем, чтобы совершаемые действия “ни в малейшей степени не выходили за пределы компетенции” административного органа. При этом устанавливается запрет на применение неблагоприятных мер за неиспользование административного руководства. В ст. 35 японский законодатель попытался еще более выпукло отразить принцип законности, распространив на административное руководство основные требования к административным актам. Так,

устанавливается, что должностные лица должны точно сообщать адресату административного руководства его цель и содержание, а также указывать ответственных должностных лиц. Если же оно совершается в устной форме, то по требованию адресата административного руководства должно быть изложено письменно. В ст. 36 предпринята попытка “легализации” принципа охраны доверия и запрета произвола: публичная администрация должна вырабатывать некие руководящие указания, дабы обеспечить универсализацию административного руководства.

Нетрудно заметить, что названные нормы представляют из себя юридический парадокс: предпринята попытка применить формально-юридические средства к априори неформализуемому, неюридическому явлению. Административное руководство — это дискреция “в чистом виде”. Она сознательно ускользает от юридических рамок. Например, административные акты по общему правилу здесь не принимаются. Более того, последние становятся не столько результатом процедуры, сколько нежелательным явлением. Административное руководство подкрепляется скрытой угрозой принятия юридически обязывающих решений. Такие решения вовсе не обязательно связаны с рассматриваемым вопросом (вспомним отказ в выдаче лицензии ввиду отказа в принятии на работу чиновника). Следовательно, оспаривать либо нечего, так как административного акта нет, либо необходимо доказать почти недоказуемое — причинную связь между формально никак не связанными между собой действиями, которые, ко всему прочему, нередко разделяет значительный период времени¹⁰.

Пример Японии носит, на первый взгляд, частный характер, но одновременно он весьма показателен. Попытки внедрения формально-юридических средств (административных процедур, моделей судебной проверки актов, дискреции и т.д.) зачастую могут входить в противоречие с правовыми системами, основанными на иной модели, нежели западные. “Битва” норм и принципов, закона и дискреции — процесс всемирный, однако пропорция этих начал может очень существенно разниться. Очевидно, есть некая “критическая масса” дискреции, при кото-

⁷ См.: *Ushijima H. Administrative Law and Judicialized Governance in Japan // Comparative Perspectives. Ginsburg T. and Chen A. H. Y. (ed.), 2009. P. 97, 98.*

⁸ *Duck K. Op. cit.*

⁹ Переведенный с яп. на англ. язык текст закона доступен по следующему адресу: URL: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?vm=04&id=85&re=02>

¹⁰ Впрочем, в ряде случаев японские суды все же пытаются применить европейские доктрины ошибок дискреции, в том числе превышение дискреции, злоупотребление административным руководством и т.д. (см.: *Ushijima H. Op. cit. P. 89, 90).*

рой нормы законодательства об административных процедурах растворяются подобно металлу в кислоте, утрачивая свой регулятивный потенциал и превращаясь в фантом, фикцию. Здесь можно вспомнить выдающуюся работу Р. Давида “Основные правовые системы современности”¹¹, в которой отмечалось историческое “отвращение” к формализации не только японской, но и, например, китайской правовой системы.

Предлагаем назвать подобные правовые системы “тефлоновыми”. Было бы большой ошибкой ожидать от таких правопорядков “уважения” к “классической” законности и пытаться формально-юридически обуздать административное усмотрение. Административные процедуры, строгие юридические нормы об административных актах и т.д. — всё это “отскакивает” от них, не оставляя заметного результата. Даже если форма принимается (например, ЗАП Японии), то нередко под влиянием не внутренних, но внешних сил. Такая форма лишь имитирует то правовое значение, которое она имеет на Западе. Дискреция здесь остается всепобеждающим режимом. Есть основания полагать, что подобное нигилистическое отношение к достижениям европейской правовой системы в сфере публичного права весьма характерно для многих постсоветских правопорядков, в том числе для тех из них, которые пытаются воспринимать внешние формы вроде законов об административных процедурах¹². Вопрос о том, является ли российский правопорядок “тефлоновым”, — один из ключевых. Мы попытаемся дать на него ответ в финальной части настоящей статьи.

Однако вернемся к “классическим” правопорядкам, для которых дискреция не является неприкосновенным фетишем. Здесь распространенным заблуждением законодателя, охватывающим его на определенном этапе развития процессуального права, является то, что проф. Г. Пюндер иронически называл “процедурной эйфорией”¹³. Действительно, административные

процедуры — мощное средство усиления законности и рациональности публичного управления. Однако дискреция — особый правовой феномен. И роль административных процедур в части связывания административного усмотрения легко переоценить. Возьмем, например, ключевую статью (§ 40) Закона ФРГ об административных процедурах 1976 г. (далее — ЗАП ФРГ), посвященную дискреции: “Если административный орган правомочен действовать по собственному усмотрению, то это право он обязан осуществлять в соответствии с целью предоставленных полномочий и соблюдать установленные законом границы действия по усмотрению”¹⁴. Нетрудно заметить, что сама эта норма, призванная создать правовую основу дискреции, является дискреционной. Ведь “цель полномочий” и “границы действия” по усмотрению — это тоже неопределенные правовые понятия. Еще один пример: так называемые формальные процедуры, в том числе по утверждению планов (§ 63–78 ЗАП ФРГ). Подобные процедуры, основанные на учете общественного мнения и/или экспертных оценках, безусловно, являются мощным правовым средством. Но и здесь остается открытым коварный вопрос, почему по итогу всей процедуры уполномоченный орган принимает именно то решение, которое он принимает.

Проблема “процедурной эйфории” очень ярко себя проявляет во многих постсоветских правопорядках, в том числе — российском. В Российской Федерации, как известно, нет единого законодательного акта, который мог бы претендовать на роль закона об административных процедурах. Вместо этого принято несколько малосвязанных между собой законов — о государственных услугах, лицензировании, регистрационных действиях, контрольно-надзорной деятельности и т.д., а также множество подзаконных нормативных актов — административных регламентов. По подсчетам Министерства экономического развития РФ, в настоящее время на федеральном уровне, уровне субъектов Федерации, а также в муниципалитетах принято до 100 тыс. (!) названных нормативных актов¹⁵. Такое колоссальное ко-

¹¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В.А. Туманова. М., 2003.

¹² См., напр.: Хван Л. Правовые новации в административном правосудии стран Европейского Союза: возможности применения в странах Центральной Азии // Ежегодник публичного права 2015: Административный процесс. М., 2015. С. 95–113.

¹³ См.: Pünder H. German Administrative Procedure in a Comparative Perspective — Observations on the Path to a Transnational “Ius Commune Proceduralis” in Administrative Law, Jean Monnet Working Paper. 2013. N.Y. P. 6.

¹⁴ Сб. законодательных актов по административным процедурам // GIZ Германское общество по международному сотрудничеству. Ташкент, 2013. С. 172; Сб. законов об административных процедурах. М., 2016. С. 146.

¹⁵ По данному вопросу см., напр.: Общее административное право: учеб.: в 2 ч. / под ред. Ю.Н. Старилова. 2-е изд., пересмотр. и доп. Воронеж, 2016. С. 297–309 (автор параграфа — К.В. Давыдов).

личество объясняется в том числе маниакальным желанием самостоятельно зарегулировать любую группу административных процедур, минимизировать дискрецию, в идеале сведя ее к нулю. Однако, говоря языком германской доктрины, административные процедуры регламентов позволяют хотя бы отчасти связать “решения по усмотрению”, обязывая уполномоченные органы действовать при наличии соответствующих юридических фактов (например, заявлений) и запрещая бездействие при отсутствии юридических фактов, являющихся основанием для оставления заявления без движения (приостановления административной процедуры)¹⁶. То же самое можно сказать и про частичную юридикацию “выбора по усмотрению”: если административная процедура касается несложных решений, лишенных содержательной оценки юридических фактов, то здесь такое связывание сопряжено с установлением исчерпывающих оснований для формальных отказов в удовлетворении заявления (обращение неуполномоченного субъекта, обращение уполномоченного субъекта в неуполномоченный орган, непредставление необходимых сведений, притом что обязанность их представления возлагается на заявителя, и т.д.). Подобный ход российского правопорядка вполне логичен и целесообразен. Однако административные процедуры административных регламентов (как, впрочем, административные процедуры вообще) бессильны при столкновении с “выбором по усмотрению”, подразумевающим содержательную оценку обстоятельств дела¹⁷. Наиболее ярко это видно на примере различных процедур, связанных с предоставлением финансовых средств или иных материальных благ, в том числе на конкурсной основе. Какие из заявок подлежат удовлетворению, а какие — отклонению с точки зрения содержательной оценки? Конечно, ответ на этот вопрос никакая процедура дать не может.

Поиск особых правовых средств для воздействия на дискрецию привел в том числе к возникновению неклассических теорий административных процедур. Как пишет проф. Х. Барнс, “новые процедуры”, по сути, долж-

ны стать во многом антиподом того, что мы привыкли под ними понимать. Речь идет о следующих новеллах:

перенос акцентов с формально-юридических процессов на слабоформализуемые виды деятельности (те же консультации и переговоры);

процедура рассматривается не как нечто производное от материального права, но в качестве самодостаточного явления, сам механизм которого влияет на будущее решение;

в таких процедурах акцент смещен от правового результата на сами процессы, нередко — рекурсивные, развивающиеся по спирали;

здесь нет четкой границы между нормотворчеством и правоприменением;

ярко выражена приватизация процедур; невластные участники могут не только инициировать процедуру и участвовать в ней, но и предлагать свои варианты решений, и даже влиять на итоговое решение;

в отличие от правозащитных, охранительных, главная задача новых процедур — в достижении оптимального результата, что невозможно без реализации дискреционных полномочий¹⁸.

По сути, названные процедуры основаны на дискреции, бережно таковую воспроизводят и дают ей второе дыхание. При этом анализ приведенных в европейской научной литературе примеров¹⁹ далеко не всегда позволяет согласиться с тезисом о принципиальной новизне внедряемых процедур нового поколения. Впрочем, в наднациональном законодательстве Евросоюза можно встретить действительно оригинальные правовые конструкции. Выделим в качестве примера некоторые новеллы Правил Европейского парламента и Совета от 25 ноября 2009 г. по экологической маркировке продукции²⁰:

¹⁶ В качестве таких правопрепятствующих фактов выступают сравнительно простые, легкоформализуемые обстоятельства, например отсутствие необходимых документов.

¹⁷ Подробнее по данному вопросу см.: Давыдов К.В. Административное усмотрение и законодательство об административных процедурах: проблемы теории и судебной практики (Сравнительно-правовой анализ) // Ежегодник публичного права 2015: Административный процесс. М., 2015. С. 397–416.

¹⁸ См.: Barnes J. Reform and Innovation of Administrative Procedure, in Transforming Administrative Procedure, Barnes J. (ed). Sevilla, 2008. P. 18–41.

¹⁹ См., напр.: Gonzalez J.A., The Evolution of Administrative Procedure Theory in “New Governance” Key Point // Review of European Administrative Law. Vol. 6. 2013. N. 1. P. 73–109.

²⁰ См.: Regulation (EC) No 66/2010 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the EU Ecolabel. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:027:0001:0019:en:PDF> (дата обращения: 01.10.2016).

1) на наднациональном уровне создается коллегиальный орган (Board-коллегия, правление) с участием не только представителей национальных органов, но и частных субъектов;

2) устанавливается процедура принятия и пересмотра экологических требований (приложение 1 к документу):

2.1) таковая может быть инициирована не только публичными, но и частными субъектами;

2.2) инициатор процедуры (в том числе частный субъект) обязан представить научно обоснованный проект решения;

3) все этапы изучения предложения о стандартах экомаркировки предполагают публичность:

3.1) большое внимание уделяется консультациям (на сайте), на каждое возражение и замечание должен быть дан мотивированный ответ в сводном докладе;

3.2) наряду с консультациями на сайте должно быть проведено не менее двух встреч рабочей группы со всеми заинтересованными лицами и т.д.

Таким образом, следует признать: характер управленческой системы объективно меняется, причем не только в ЕС, но и в других странах. Правовой массив, костяк которого составляют ориентированные на административные акты законы об административных процедурах, пополняется зачастую странными и причудливыми наростами. И здесь мы можем увидеть некие контуры (пока — довольно нечеткие) новых правовых явлений. Однако одновременно с этим необходимо подчеркнуть: правовое регулирование публичного управления — это эволюционный процесс, требующий последовательности. Невозможно “перепрыгнуть” сразу несколько “ступенек” и оказаться на вершине прогресса. Сначала необходимо нормативно закрепить “классическую” модель административных процедур, во многом бессильных перед дискрецией. Затем — “отработать”, “обкатать” ее в административной и судебной практике и, лишь создав достаточно прочный фундамент “классической” законности, пытаться разрабатывать нетрадиционные доктрины и концепции. Иное будет еще одной методологической ошибкой в развитии правопорядка.

Обращаясь к проблеме правового регулирования дискреции в российской правовой системе, отметим следующее. До недавнего времени и законодатель, и суды в России не рассматривали дискрецию в качестве какой-то проблемы. Более того, фактически таковая “выпала” из сферы правового регулирования и судебного контроля. Во-первых, российское законодательство зачастую вообще не устанавливало многих процедур. Если же таковые закреплялись, то лишь “пунктирно”. Нормы нередко не определяли ни четких сроков, ни оснований для отказа/приостановления процедур. Самая распространенная формула: “Орган (должностное лицо) вправе принять решение”, — неизбежно вызвала вопросы, насколько публичная администрация, ее дискреция связаны законодательством. Суды при этом признавали (и признают) за публичной администрацией широкую степень самостоятельности; фактически дискреция в различных ее формах нередко выводится за пределы судебного контроля. Приведем несколько классических примеров из сфер, которые в западных правопорядках также, как правило, рассматриваются через призму сниженной плотности судебного контроля: планирование, служебные конкурсные отношения и т.д.

Для начала обратимся к получившему широкий общественный резонанс экологическому спору, имевшему место в Москве, по поводу строительства химкинской трассы. Как известно, публичная администрация приняла решение о переводе земель лесного фонда в категорию земель специального назначения для строительства автомобильной дороги. Данное решение, оспоренное в судебном порядке, было обосновано экспертным заключением специальной комиссии. В конечном итоге Верховный Суд РФ определил: “При наличии... заключения экспертизы о допустимости варианта трассы проектируемой автомагистрали, проходящей, в частности, по территории Химкинского лесопарка, Правительство РФ, действуя в пределах предоставленных ему законом полномочий, вправе было рассматривать данный вариант как единственно возможный”²¹. Таким образом, суды признали самостоятельность реализации дискреционных полномочий органов государ-

²¹ Определение Верховного Суда РФ от 27 апреля 2010 г. № КАС 10-181 // СПС “КонсультантПлюс”.

ственного управления в сфере планирования, принятых, однако, с учетом экспертного заключения.

В качестве еще одного примера рассмотрим спор из сферы кадровых решений публичной администрации. Гражданка Т.В. Купцова в 2012 г. поступила в кадровый резерв территориального органа Федеральной службы судебных приставов. На протяжении трех лет освобождались руководящие должности, на которые она претендовала. Однако эти должности ей как лицу, находящемуся в кадровом резерве, не предлагались, а замещались иными лицами. В итоге Т.В. Купцова в 2015 г. обратилась в Псковский городской суд с иском к Управлению ФССП по Псковской области о признании незаконным отказа в приеме на работу и обязанности заключить с ней служебный контракт по должности заместителя начальника отдела — заместителя старшего судебного пристава отдела Великолукского, Куньинского и Новосокольнического районов Псковской области со дня ее обращения к руководителю названного управления. Т.В. Купцова полагала, что необходимость в дополнительных конкурсах отсутствовала, так как не был исчерпан кадровый резерв, а потому посчитала нарушенным свое право на равный доступ к замещению соответствующей должности и просила суд восстановить ее нарушенные права. Судами общей юрисдикции в удовлетворении требований Т.В. Купцовой было отказано. Затем истица обратилась в Конституционный Суд РФ. Конечно, любой европейский суд, безусловно, подтвердил бы право публичной администрации на дискрецию в оценке профессиональных качеств претендента. Конституционный Суд РФ, однако, пошел еще дальше. Сначала последний констатировал тот факт, что нормы законодательства о государственной гражданской службе, закрепляя правило о назначении государственного гражданского служащего (гражданина), состоящего в кадровом резерве, на вакантную должность государственной гражданской службы по решению представителя нанимателя с согласия назначаемого на должность лица, порядок действий представителя нанимателя, предшествующих принятию решения о назначении на должность конкретного лица, не регулируют. Из этого Суд сделал довольно странный вывод о том, что

права заявителя не нарушены²². Думается, в данном случае нужно было поступить иначе: обязать законодателя такой порядок установить (т.е. связать дискрецию в части “решения по усмотрению”) и признать дискрецию в части оценки претендентов (т.е. “выбора по усмотрению”). Однако суд этого не сделал, самоустранившись и отказавшись от попыток анализа дискреции.

Впрочем, начиная с конца 2000-х годов российский законодатель “пошел в наступление” на дискрецию, пытаясь объявить ее юридическим “злом”, причем злом истребимым. Для этого используются различные приемы, в том числе изменение природы тех или иных правоотношений (например, снижение административных барьеров, замена дискреционного разрешительного режима на уведомительный, где усмотрение сведено к нулю, и т.п.) Однако особую роль, “первую скрипку” здесь играет антикоррупционное законодательство: Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ “О противодействии коррупции”²³, Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ “Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов”²⁴ и постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96 “Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов”²⁵. Как известно, согласно ст. 1 Закона об антикоррупционной экспертизе “коррупциогенными факторами являются положения нормативных правовых актов (проектов нормативных правовых актов), устанавливающие для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил, а также положения, содержащие неопределенные, трудновыполнимые и (или) обременительные требования к гражданам и организациям и тем самым создающие условия для проявления коррупции”.

²² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 7 июля 2016 г. № 1416-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Купцовой Татьяны Валентиновны на нарушение ее конституционных прав частью 10 статьи 64 Федерального закона “О государственной гражданской службе Российской Федерации”» // Там же.

²³ См.: Росс. газ. 2008. 30 дек.

²⁴ См.: там же. 2009. 22 июля.

²⁵ См.: там же. 2010. 5 марта.

Названное Постановление Правительства РФ перечислило коррупциогенные факторы, отнеся к таковым помимо прочего:

1) широту дискреционных полномочий — отсутствие или неопределенность сроков, условий или оснований принятия решения, наличие дублирующих полномочий органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц);

2) определение компетенции по формуле “вправе” — диспозитивное установление возможности совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) действий в отношении граждан и организаций;

3) выборочное изменение объема прав — возможность необоснованного установления исключений из общего порядка для граждан и организаций по усмотрению органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц);

4) чрезмерную свободу подзаконного нормотворчества — наличие бланкетных и отсылочных норм, приводящее к принятию подзаконных актов, вторгающихся в компетенцию органа государственной власти или органа местного самоуправления, принявшего первоначальный нормативный правовой акт;

5) принятие нормативного правового акта за пределами компетенции — нарушение компетенции органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц) при принятии нормативных правовых актов;

6) заполнение законодательных пробелов при помощи подзаконных актов в отсутствие у законодательной делегации соответствующих полномочий — установление общеобязательных правил поведения в подзаконном акте в условиях отсутствия закона;

7) отсутствие или неполноту административных процедур: отсутствие порядка совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) определенных действий либо одного из элементов такого порядка.

С одной стороны, приведенные законодательные положения во многом разумны и заслуживают уважения, с другой — идея законодателя бороться с дискрецией посредством в первую очередь правовых норм представляется утопической. Нетрудно заметить, что сами “антикоррупционные” нормы изобилуют не-

определенными правовыми понятиями, т.е. по определению предполагают дискреционные действия правоприменителя. Следовательно, без стройной доктрины судебного контроля за дискрецией “антидискреционные” нормы работать попросту не могут.

“Подгоняемые пинками” законодателя, суды оказались вынужденными включиться в эту борьбу с дискрецией. Так, например, Верховный Суд РФ расценил в качестве коррупциогенного фактора нормы жилищного законодательства Самарской области, установившего сроки не для всех действий публичной администрации по поводу формирования и корректировки списка нуждающихся в улучшении жилищных условий²⁶. В утвержденном Минюстом Республики Татарстан административном регламенте предоставления государственной услуги по выдаче разрешений на использование в названиях юридических лиц наименований “Республика Татарстан” (и подобных) содержались следующие основания для отказа в предоставлении государственной услуги: характер, масштабы сферы деятельности юридического лица не имеют для республики и граждан, в ней проживающих, существенной значимости; положение организации в соответствующей сфере деятельности либо на рынках Республики Татарстан и международном рынке незначительное; виды товаров (работ, услуг), производимых юридическим лицом, не являются уникальными, присущими только Республике Татарстан. Суды общей юрисдикции справедливо определили такие неформализуемые понятия уязвимыми с точки зрения антикоррупционного законодательства и признали их недействующими²⁷. Законом Забайкальского края №751-ЗЗК были ужесточены требования к порядку проведения публичных мероприя-

²⁶ См.: Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 23 сентября 2015 г. № 32-АПГ15-5 «Об оставлении без изменения решения Саратовского областного суда от 25.05.2015, которым было удовлетворено заявление о признании недействующим в части Закона Саратовской области от 02.08.2012 № 123-ЗСО “Об обеспечении дополнительных гарантий прав на имущество и жилое помещение детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, в Саратовской области”» // СПС “КонсультантПлюс”.

²⁷ См.: Определение Верховного Суда РФ от 20 июля 2011 г. № 11-Г11-23 об оставлении без изменения решения Верховного суда Республики Татарстан от 17 мая 2011 г., которым было удовлетворено заявление о признании противоречащими федеральному законодательству и недействующими отдельных положений Административного регламента (утв. Приказом Министерства юстиции Республики Татарстан от 17.01.2011 г. № 1-02/3 // Там же).

тий. В частности, к местам, в которых запрещено проведение собраний, митингов, шествий и демонстраций, были отнесены места, где проводятся мероприятия с участием детей. Суды справедливо признали данное понятие — “мероприятия с участием детей” недостаточно определенным (непонятны формы такого участия, не указывается, какие права несовершеннолетних требуют защиты при установлении вышеобозначенных мест, и т.д.) и предоставляющим органам публичной власти необоснованную дискрецию при решении вопросов согласования публичных мероприятий. В итоге названные положения регионального законодательства были признаны недействующими²⁸.

Конечно, априорное отнесение всех неопределенных правовых понятий к коррупциогенным факторам нельзя признать удачным ходом. Доводя эту логику до абсурда, сами эти положения антикоррупционного законодательства можно признать недействующими именно ввиду их неконкретности. Законодатель, желая того или нет, предоставил судам широкие возможности усмотрения в отношении дискреции административной. Однако суды с известной осторожностью реализуют такие полномочия, что в ряде случаев действительно позволяет устранять из законодательства дефектные формулировки. При этом плотность судебного контроля прямо пропорциональна вероятности нарушения прав невластных лиц. Чем она выше, тем больше вероятность признания потенциально вредоносной нормы незаконной.

В заключение попробуем сформулировать некоторые рекомендации для российского правопорядка с учетом вышесказанного.

С одной стороны, необходимо учитывать, что российская правовая система в целом восприимчива к рациональным концепциям. Это подтверждается, например, постепенным внедрением принципа пропорциональности, иным рецепциям европейских новаций²⁹. Следовательно, в этой части нельзя говорить о “тефлоновости” российского правопорядка. Конечно, дискреция в самых дурных ее проявлениях пустила глубокие корни, проблема

коррупции стоит весьма остро. Однако потенциал совершенствования российской правовой системы в целом достаточно высок.

С другой стороны, не создав прочного законодательного фундамента в виде “полноценных” административных процедур, не легализовав основополагающих принципов административного права (в том числе гарантий Good Administration), наконец, не закрепив материальных норм об административных актах, российский законодатель начал борьбу с дискрецией. Однако без устранения названных фундаментальных пробелов эта стратегия — нелепая война с ветряными мельницами, что проявляется во множестве негативных аспектов. В частности, российские административные процедуры носят инквизиционный характер. Административные дела рассматриваются в отсутствие адресатов будущих административных актов, что, безусловно, не способствует защите прав невластных участников. Упоминание о возможности такого участия содержится в ст. 10 Федерального закона от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ “О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации”³⁰: “Государственный орган, орган местного самоуправления или должностное лицо обеспечивают объективное, всестороннее и своевременное рассмотрение обращения, в случае необходимости — с участием гражданина, направившего обращение”. Зачем было предоставлять публичной администрации ничем не ограниченное усмотрение в данном вопросе? Неудивительно, что при столь пренебрежительном отношении к этой фундаментальной процедурной гарантии практика ее применения отсутствует (по крайней мере, автору она неизвестна). Приведем еще один пример необоснованно поддерживаемого правового дефекта. Российское административное законодательство не устанавливает материальных норм об административных актах. Отсюда возникает множество вопросов. Когда принятый административный акт вступает в силу? Обладает ли административная жалоба суспензивностью? Каковы основания и условия отмены не только незаконных, но и законных административных актов? Здесь мы вновь имеем дело с пробелами, порождающими дискрецию там, где ее было бы легко устранить.

²⁸ См.: Определение Верховного Суда РФ от 14 августа 2013 г. № 72-АПГ13-4 // Там же.

²⁹ См., напр.: Давыдов К.В. Принципы административных процедур: сравнительно-правовое исследование // Актуальные вопросы публичного права. 2015. № 4 (34). С. 16–55.

³⁰ Росс. газ. 2006. 5 мая.

Таким образом, рассмотрение дискреции в качестве чуть ли не экзистенциальной угрозы является объяснимым, но неверным ходом российского законодателя. Он попытался даже не “перепрыгнуть” ступеньку формирования процедурного базиса и надлежащего судебного контроля, но зайти через “черный ход”. Антикоррупционное законодательство со своими неопределенными правовыми понятиями неспособно побороть дискрецию. Более того, сама эта цель является во многом ложной. Наконец, принятие огромного количества разрозненных административных регламентов в отсутствие подлинного законодательного базиса является еще одной грубой методологической ошибкой. Истинная проблема гораздо масштабнее и сложнее: игнорирование ряда фундаментальных правовых традиций, которые, что важно, по сути, не

являются чуждыми для нас. Однако данный путь должен быть пройден и в первую очередь посредством разработки и принятия закона, создающего юридический базис для административных процедур и административных актов³¹, а также внедрения надлежащей практики его применения. Эта задача становится ключевой для современной российской доктрины административного права. От того, насколько быстро и успешно она будет решена, во многом зависит концепция развития публичного права России.

³¹ По данному вопросу см., напр.: *Давыдов К.В.* Проект федерального закона “Об административных процедурах и административных актах в Российской Федерации” // Вестник Университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 5 (21). С. 57–91.

ADMINISTRATIVE DISCRETION: LEGAL REGULATION AND ENFORCEMENT MISTAKES (COMPARATIVE LEGAL ASPECT)

© 2018 K. V. Davydov

*Siberian University of consumer cooperation, Novosibirsk;
Siberian state University of Railways, Novosibirsk*

E-mail: davkon@yandex.ru

Received 05.06.2017

This article explores the fundamental errors of legislators of various foreign countries: the thesis of the universalism of Western approach to the legal regulation of public administration (including administrative discretion), “procedural euphoria” and a violation of the principle of the evolutionary development of the legislation. The conclusion of copying of a number of these errors by the Russian legislator is made. National specific is complemented by the development of anti-corruption legislation, “forcing” the courts to increase the density of control of administrative discretion. The methodological falseness of “struggle” with discretion in the absence of an adequate legal framework of administrative procedures and administrative acts is proved. The necessity of the designing and adoption of the Russian Federation law on administrative procedures is stated.

Key words: administrative discretion, Rule of Law, administrative procedures, administrative act, administrative procedure law.